

Editorial

Herausgeber:
michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Köln



Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,

turnusgemäß stehen in diesem Jahr die Betriebsratswahlen an. In der Zeit vom 1. März bis 31. Mai sind in allen Betrieben, in denen bereits ein Betriebsrat besteht und in dem nicht ausnahmsweise außerhalb dieses Turnus gewählt wird, die Betriebsräte neu zu wählen. Dabei gilt es eine Vielzahl von Formalien zu beachten. Das Schwerpunktthema dieses Infobriefes beschäftigt sich deshalb intensiv mit den Betriebsratswahlen. Nicht zuletzt aus den Erfahrungen der letzten regelmäßigen Betriebsratswahlen, zu denen nunmehr die Entscheidungen der angerufenen Gerichte vorliegen, werden die Problemfelder aufgezeigt und Strategien für die Vermeidung von Fehlern im Wahlverfahren dargestellt. Die Betriebsparteien sind schließlich vereint im Wunsch nach einem reibungslosen Verlauf der Wahl des neuen Betriebsrates.

Im Rechtsprechungsteil möchten wir Ihnen drei interessante gerichtliche Entscheidungen ausführlicher vorstellen. Der EuGH hatte sich in einer jüngst ergangenen Entscheidung vom 28.02.2018 neuerlich mit der Frage der Altersbefristung von Arbeitsverhältnissen auseinanderzusetzen. Der 10. Senat des BAG hatte darüber zu befinden, ob eine mitbestimmungspflichtige Änderung des Entlohnungssystems aufgrund Festsetzung der Vergütung durch billiges Ermessen vorliegt. Der 9. Senat des BAG hatte in seiner Entscheidung vom 17.10.2017 Gelegenheit, zum Anspruch der Erhöhung der Arbeitszeit einer Teilzeitbeschäftigten Stellung zu nehmen, eine Thematik, die auch angesichts der laut Koalitionsvertrag vorgesehen Einführung eines befristeten Anspruchs auf Verringerung der Arbeitszeit interessant ist.

michels.pmks und der Deutsche Anwaltverlag wünschen Ihnen eine spannende Lektüre!

Markus Pillok, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Partner michels.pmks

Inhalt

Editorial

Thema des Monats

Anfechtung vermeiden – Sicher durch die Betriebsratswahl 2018..... 2

Rechtsprechung

EuGH: § 41 S. 3 SGB VI verstößt nicht gegen Europarecht..... 4

BAG: Keine mitbestimmungspflichtige Änderung des Entlohnungssystems aufgrund Festsetzung der Vergütung durch billiges Ermessen 6

BAG: Aufstockungsverlangen einer Teilzeitkraft – Freier Arbeitsplatz..... 8

Terminvorschau BAG

Neue anhängige Rechtsfragen 9

michels.pmks
FACHANWÄLTE



DeutscherAnwaltVerlag

Anfechtung vermeiden – Sicher durch die Betriebsratswahl 2018

Die Betriebsratswahlen im Jahr 2018 laufen. In den meisten Unternehmen wurden Wahlvorstände bestellt und die Wahlvorbereitungen bereits eingeleitet. Zwar ist die Wahl des Betriebsratsgremiums grundsätzlich Sache der Belegschaft. Trotzdem sollten auch Arbeitgeber die Wahl beobachtend begleiten und möglicherweise auch korrigierend eingreifen, zugleich ohne die Wahl in strafbewehrter Weise zu beeinflussen. Ist die Betriebsratswahl fehlerhaft durchgeführt und anschließend angefochten worden, muss diese wiederholt werden. Umso wichtiger ist es deshalb, während der gesamten Dauer von der Vorbereitung über die Durchführung bis hin zur Ermittlung des Wahlergebnisses stets darauf zu achten, dass die Wahlvorschriften eingehalten werden, um rechtzeitig gegensteuern zu können. Dafür muss man wissen, wo die potentiellen Fehlerquellen liegen können.

I. Richtiges Wahlverfahren

Die erste Entscheidung, die getroffen werden muss, ist, welches Wahlverfahren durchgeführt wird. Bis zur geplanten Änderung der Schwellenwerte für das Wahlverfahren, die die neue Bundesregierung im Koalitionsvertrag vorgesehen hat (vgl. dazu Infobrief Februar 2018), ist das normale Wahlverfahren in Betrieben mit einer Größe von mehr als 100 und zwischen 51 und 100 Arbeitnehmern durchzuführen. Ansonsten findet das vereinfachte Wahlverfahren Anwendung. Bei Betrieben mit einer Größe zwischen 51 und 100 Arbeitnehmern können aber Arbeitgeber und Wahlvorstand vereinbaren, dass auch das vereinfachte Verfahren angewandt wird. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Vereinbarung des vereinfachten Wahlverfahrens zwar ausdrücklich oder auch konkludent erfolgen kann, aber jedenfalls korrespondierender Willenserklärungen von Wahlvorstand und Arbeitgeber bedarf. Daran fehlt es, wenn der Geschäftsführer zur Entscheidung des Wahlvorstands, das vereinfachte Wahlverfahren durchführen zu wollen, lediglich schweigt (BAG, Beschluss v. 19.11.2003 – 7 ABR 24/03). Es ist daher stets zu empfehlen, eine schriftliche Vereinbarung über das anwendbare Verfahren zu schließen.

II. Aufstellung der Wählerliste

Steht das Wahlverfahren fest, muss der Wahlvorstand die Wählerliste erstellen. Unterstützung bietet ihm dabei nach Möglichkeit der Arbeitgeber. Dieser muss dem Wahlvorstand alle für die Anfertigung der Wählerlisten erforderlichen Auskünfte erteilen und auch die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellen. In der Regel wird der Wahlvorstand den Arbeitgeber schriftlich unter Fristsetzung auffordern, die notwendigen Information und Unterlagen zu übermitteln. Wenn der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht innerhalb der gesetzten Frist nachkommt, ist zwar die Wahl nicht anfechtbar, der Wahlvorstand kann aber (ggf. auch im Wege einer einstweiligen Verfügung) gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen. Vor diesem Hintergrund wird Arbeitgebern zu empfehlen sein, mit dem Wahlvorstand zu kooperieren und diesem eine Excel-Tabelle mit allen betroffenen Arbeitnehmern zur Verfügung zu stellen. Diese Liste sollte Vor- und Nachnamen, Geburtsdatum, Geschlecht und Beginn der Beschäftigung enthalten.

III. Das Wahlausschreiben

Eine große Fehlerquelle lauert im Rahmen des Erlasses und dem Aushang des Wahlausschreibens (§ 3 WO BetrVG). Zwingender Inhalt des Wahlausschreibens sind u.a. der Ort, an dem die Wählerliste und die Wahlordnung ausliegen und eingesehen werden können, die Einspruchsfrist, der Anteil der Geschlechter, die Zahl der zu

Schweigen genügt nicht

Unterstützung durch Arbeitgeber

Minderheiten richtig berechnen und benennen

wählenden Betriebsratsmitglieder sowie der Wahltermin bzw. -zeitraum und schließlich noch Ort, Tag und Zeit der Stimmabgabe.

Große Schwierigkeiten bereitet immer wieder der richtige Umgang mit dem Minderheitengeschlecht. Nicht nur die Berechnung, sondern auch die Umsetzung im Wahlausschreiben führt bei den Wahlvorständen regelmäßig zu Kopfzerbrechen. So darf es bspw. nicht heißen, es müssten „mindestens X Männer/ Y Frauen“ dem Betriebsrat angehören. Tatsächlich ist nur die Mindestanzahl des Minderheitengeschlechts zu benennen (vgl. BAG, Beschluss v. 13.03.2013 – 7 ABR 67/11). Über das Mehrheitsgeschlecht darf sich das Wahlausschreiben nicht verhalten. Die obige Formulierung könnte eine Überrepräsentation des Minderheitengeschlechts verhindern. Schließlich können natürlich auch mehr Mitglieder des Minderheitengeschlechtes in den Betriebsrat gewählt werden, als die Mindestanzahl dies vorsieht. Die entsprechende Fehlformulierung kann daher zur Anfechtung berechtigen.

Exkurs: Das Dritte Geschlecht

Als wäre das nicht schon kompliziert genug, so stellt sich bei der geschlechterspezifischen Wahlauswertung nunmehr die Frage, ob die erst kürzlich ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 (1 BvR 2019/16, vgl. dazu Infobrief Januar) dazu führt, dass bereits jetzt das sog. „dritte Geschlecht“ Berücksichtigung finden muss. Konkret ist zu fragen, ob der Wahlvorstand bei der Feststellung des Minderheitengeschlechts auch dem dritten Geschlecht angehörende Mitarbeiter berücksichtigen muss, mit der Folge, dass diese Mitarbeiter zwangsläufig das Minderheitengeschlecht bilden würde und die Angehörigen der anderen Geschlechter entsprechend ausgeschlossen wären. Es spricht allerdings vieles dafür, dass für die aktuelle Wahl das „dritte Geschlecht“ unberücksichtigt bleiben kann, da das Personenstandsregister bislang noch nicht geändert wurde. Dem Wahlvorstand wäre es daher unmöglich, das tatsächliche Geschlecht festzustellen. Für die nächste Wahlperiode oder alle außerordentlichen Wahlen ist allerdings der Gesetzgeber gefragt, die Wahlordnung und die weiteren Wahlvorschriften des BetrVG schnellstmöglich anzupassen.

IV. Frist zur Einreichung von Wahlvorschlägen

Gem. § 6 Abs. 1 S. 2 WO BetrVG sind die Vorschlagslisten von den Wahlberechtigten innerhalb von zwei Wochen ab Erlass des Wahlausschreibens beim Wahlvorstand einzureichen. Für viele Wahlvorstände stellt sich daher die Frage, wie lange sie die Wahlvorschläge annehmen müssen. Bei Schichtbetrieben hat das LAG Köln klargestellt, dass hier die Frist auf 24 Uhr des Tags des Fristablaufs festzulegen ist; auf das Ende der Arbeitszeit des Wahlvorstands komme es ebenso wenig an wie auf das Ende der Arbeitszeit der Mehrheit der Arbeitnehmer (vgl. LAG Köln, Beschluss v. 20.05.2015 – 5 TaBV 18/15). Endet die betriebsübliche Arbeitszeit zu einem bestimmten Zeitpunkt und wird die Einreichungsfrist auf eine Stunde danach begrenzt, so dürfte dies hingegen zulässig sein (vgl. auch LAG Hamm, Beschluss v. 12.01.2009 – 10 TaBV 17/07).

V. Wahlvorgang

Ist in der Vorbereitung alles rechtmäßig verlaufen, muss jetzt noch die Wahl als solche korrekt durchgeführt werden. Insbesondere muss der Wahlvorstand geeignete Vorkehrungen für das unbeobachtete Ausfüllen der Stimmzettel im Wahlraum treffen (§ 12 Abs. 1 S. 1 WO). So kann das fehlende Aufstellen von Wandschirmen oder Trennwänden, solange nicht in einem überwachbaren Nebenraum gewählt wird, zur

Keine Berücksichtigung in dieser Wahlperiode

Betriebsübliche Arbeitszeit

Anonymität sichern

Thema des Monats

Anfechtbarkeit der Wahl führen, wenn Wähler bei der Stimmabgabe in einem ca. 40 m² großen Raum mit dem Rücken zum Wahlvorstand sitzen müssen und sich nicht völlig unbeobachtet fühlen können; entscheidend ist nicht, ob der Wähler tatsächlich beobachtet worden ist, sondern ob er subjektiv die Überzeugung haben konnte, unbeobachtet zu sein (vgl. LAG Düsseldorf, Beschluss v. 13.12.2016 – 9 TaBV 85/16).

Ebenfalls anfechtbar ist nach Ansicht des LAG München eine Wahl, bei der während der Stimmabgabe weniger als zwei Wahlvorstandsmitglieder oder ein Wahlvorstandsmitglied und ein Wahlhelfer im Raum anwesend waren. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Vorschriften der Stimmabgabe eingehalten werden, weswegen es sich um eine sog. „wesentliche Vorschrift“ handle. Ist hingegen während der gesamten Dauer der Stimmabgabe regelmäßig nur ein Wahlvorstandsmitglied allein im Wahlraum anwesend, so könne auch dies zur Anfechtbarkeit der Wahl führen, da eine Beeinflussung des Wahlergebnisses nicht ausgeschlossen werden könne (vgl. LAG München, Beschluss v. 16.05.2017 – 6 TaBV 108/16).

Auch ein Verstoß gegen die zwingende Wahlvorschrift des § 11 Abs. 1 S. 2 WO, wonach die Verwendung von Wahlumschlägen verpflichtend ist, kann zur Anfechtbarkeit der Wahl führen. Das LAG Berlin-Brandenburg nimmt an, dass z. B. durch die Art des Faltens Rückschlüsse auf das Wahlverhalten gezogen werden könnten, da durch das einheitliche Einlegen von Wahlzetteln in Wahlumschläge objektiv gesichert wird, dass weder auf der Rückseite von Stimmzetteln durchgedrückte Kreuze sichtbar sein können noch aufgrund der ggf. unterschiedlichen Faltung von Wahlzetteln eine Differenzierung zwischen Briefwählern und persönlich wählenden Arbeitnehmern möglich ist (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 25.08.2011 – 25 TaBV 529/11).

VI. Fazit

Die Fehlerquellen sind vielfältig, oftmals aber vermeidbar. Wahlvorstände und Arbeitgeber sind daher gut beraten, die Wahlordnung aufmerksam zu lesen und sich mit Rechtsprechung und dazu ergangener Literatur, z. B. im Rahmen einer Schulung, zu befassen, um sich mit den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Betriebsratswahl vertraut zu machen.

Dr. Jannis Kamann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Rechtsprechung

EuGH: § 41 S. 3 SGB VI verstößt nicht gegen Europarecht

EuGH, Urt. v. 28.02.2018 – C-46/17

Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 (Richtlinie) zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und § 5 Nr. 1 Rahmenvereinbarung vom 18.03.1999 im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG vom 28.06.1999 (Rahmenvereinbarung) über befristete Arbeitsverträge sind dahin auszulegen, dass sie einer Vorschrift, die es den Arbeitsvertragsparteien ohne weitere Voraussetzungen zeitlich unbegrenzt ermöglicht, die vereinbarte Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses, gegebenenfalls auch mehrfach, hinauszuschieben, nur weil der Arbeitnehmer durch

Nie alleine

Immer mit Umschlag

Erreichen der Regelaltersgrenze einen Anspruch auf Altersrente hat, nicht entgegenstehen.

[Redaktioneller Leitsatz]

I. Der Fall

Die Parteien streiten vor dem LAG Bremen über die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses. Der 1949 geborene Kläger war seit dem Jahr 2001 als angestellter Lehrer bei der Freien Hansestadt Bremen beschäftigt. Nach dem Arbeitsvertrag fand der BAT, der mittlerweile durch den TV-L ersetzt wurde, auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Nach § 44 Nr. 4 TV-L hätte das Arbeitsverhältnis nach Erreichen der Regelaltersgrenze am 31.01.2015 geendet. Der Kläger beantragte aber eine Beschäftigung über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus. Daher schlossen die Arbeitsvertragsparteien eine Vereinbarung nach § 41 S. 3 SGB VI mit folgendem Inhalt: „Die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 44 Nr. 4 TV-L wird bis zum 31.07.2015 hinausgeschoben.“ Anschließend beantragte der Kläger, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch einmal bis zum 31.01.2016 hinauszuschieben. Nachdem die Beklagte diesen Wunsch abgelehnt hatte, machte er geltend, dass die Befristung auf Grundlage von § 41 S. 3 SGB VI europarechtlich unzulässig sei.

Das LAG Bremen zweifelte ebenfalls an der Vereinbarkeit des § 41 S. 3 SGB VI mit § 5 Nr. 1 Rahmenvereinbarung; denn § 41 S. 3 SGB VI verlange für die befristete Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses über die Regelaltersgrenze hinaus weder einen sachlichen Grund noch werde die Zahl der zulässigen Verlängerungen oder deren maximale Dauer begrenzt. Zudem verstoße § 41 S. 3 SGB VI möglicherweise gegen das in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie normierte Verbot der Benachteiligung wegen des Alters. Das LAG Bremen hat das Verfahren deshalb ausgesetzt und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt (vgl. LAG Bremen, Vorlagebeschluss v. 23.11.2016, 3 Sa 78/16).

II. Die Entscheidung

Der EuGH hat die Fragen des LAG Bremen dahingehend beantwortet, dass europarechtliche Vorgaben § 41 S. 3 SGB VI nicht entgegenstehen.

Der EuGH vermag eine Benachteiligung wegen des Alters i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Richtlinie durch die von § 41 S. 3 SGB VI eröffnete Möglichkeit, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Altersgrenze ohne weitere Voraussetzungen, zeitlich unbegrenzt und ggf. mehrfach hinauszuschieben, nicht zu erkennen. Zur Begründung seiner Entscheidung verweist der EuGH auf seine ständige Rechtsprechung, nach der die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit Erreichen der Regelaltersgrenze nicht gegen Unionsrecht verstoße (vgl. EuGH, Urteil v. 12.10.2010, Rosenblatt, C-45/09). Da § 41 S. 3 SGB VI den Arbeitsvertragsparteien nur die Möglichkeit eröffne, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einvernehmlich über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinauszuschieben, handele es sich somit um eine für die betroffenen Arbeitnehmer günstigere Regelung. Anders als jüngere Arbeitnehmer könne ein Arbeitnehmer, der die Regelaltersgrenze erreicht habe, dank dieser Bestimmung zwischen der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses und dem völligen Ausscheiden aus dem Berufsleben wählen.

Darüber hinaus geht der EuGH davon aus, dass § 41 S. 3 SGB VI nicht gegen § 5 Nr. 1 Rahmenvereinbarung verstößt. Auch insoweit verweist der EuGH darauf, dass das automatische Ende eines Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze unionsrechtskonform sei. Sehe ein Arbeitsvertrag die Beendigung des Arbeitsverhält-

Einvernehmliches Hinausschieben der Altersgrenze zulässig?

Vorlage durch das LAG Bremen

Hinausschieben der Altersgrenze zulässig

Keine Benachteiligung wegen des Alters

Keine unzulässige Befristung

nisses mit Erreichen einer Altersgrenze vor, sei kein Rückgriff auf die Rahmenvereinbarung erforderlich; denn ein Ziel der Rahmenvereinbarung bestehe darin, den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge einzudämmen und die Prekarisierung der Lage der Beschäftigten zu verhindern. Das automatische Ende der Arbeitsverträge von Beschäftigten, die die Regelaltersgrenze erreicht hätten, bringe die Arbeitnehmer aber der Sache nach in den Genuss eines unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses. Es bestehe daher keine Gefahr des wiederholten Rückgriffs auf befristete Arbeitsverträge und einer Prekarisierung der Lage der Beschäftigten. Deshalb könne auch die von § 41 S. 3 SGB VI vorgesehene vertragliche Verschiebung des ursprünglich vereinbarten Rentenalters nicht gegen den Schutzzweck der Rahmenvereinbarung verstoßen. Es sei gerade nicht ersichtlich, dass § 41 S. 3 SGB VI geeignet sei, den Abschluss aufeinanderfolgender Arbeitsverträge zu fördern und eine Quelle potentiellen Missbrauchs zu Lasten der Arbeitnehmer darzustellen.

Selbst wenn das LAG Bremen zu der Auffassung gelange, dass bei einer Vereinbarung nach § 41 S. 3 SGB VI auf den Anwendungsbereich des § 5 Nr. 1 Rahmenvereinbarung zurückzugreifen sei, verweist der EuGH darauf, dass sich auch aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels ein sachlicher Grund i.S.v. § 5 Nr. 1 Rahmenvereinbarung ergeben könne. Insofern dürfe nicht außer Acht gelassen werden, dass ein Arbeitnehmer, der das Regelalter für den Bezug der gesetzlichen Altersrente erreicht habe, sozial abgesichert sei. Diese soziale Absicherung werde durch § 41 S. 3 SGB VI nicht aufgehoben, da die Beschränkungen der Vorschrift gewährleisteten, dass der betroffene Arbeitnehmer zu den ursprünglichen Bedingungen weiterbeschäftigt werde und gleichzeitig seinen Anspruch auf Altersrente behalte.

III. Der Praxistipp

Die Entscheidung des EuGH ist zu begrüßen. Arbeitsvertragsparteien, die von § 41 S. 3 SGB VI Gebrauch machen wollen, müssen nun nicht länger damit rechnen, dass das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts aus europarechtlichen Gründen unwirksam sein und das Arbeitsverhältnis unbefristet fortbestehen könnte.

Dr. Tilman Isenhardt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

BAG: Keine mitbestimmungspflichtige Änderung des Entlohnungssystems aufgrund Festsetzung der Vergütung durch billiges Ermessen

BAG, Urt. v. 23.08.2017 - 10 AZR 136/17

Vergütet ein nicht-tarifgebundener Arbeitgeber vor der erstmaligen Wahl eines Betriebsrats die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer mit einem festen Grundgehalt, Zulagen für besondere Umstände der Arbeitsleistung und einer jährlichen Sonderzahlung, deren Höhe „jeweils jährlich durch den Arbeitgeber bekannt gegeben“ wird, so führt allein die Ausübung des dem Arbeitgeber danach zukommenden billigen Ermessens (§ 315 BGB) bei der Festsetzung der Höhe der Sonderzahlung nicht zu einer nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Änderung des bestehenden Entlohnungssystems.

[Amtlicher Orientierungssatz]

Hinweis auf soziale Absicherung

EuGH schafft endlich Rechtssicherheit

I. Der Fall

Der Kläger ist seit 1991 bei der Beklagten, einem nicht-tarifgebundenen Unternehmen, beschäftigt. In allen Arbeitsverträgen seit Gründung des Betriebes 1984 vereinbarte die Beklagte zusätzlich zum Grundgehalt eine Weihnachtsgratifikation, deren Höhe jeweils jährlich durch den Arbeitgeber bekannt gegeben werden soll. An dieser Praxis änderte sich nichts nach der erstmaligen Bildung eines Betriebsrats im Jahre 1989.

Bis einschließlich 2013 zahlte die Beklagte jährlich eine Jahressonderzahlung in Höhe eines Bruttomonatsgehalts, welches zur Hälfte im Mai und zur Hälfte im November ausgezahlt wurde. Auch im Mai 2014 zahlte die Beklagte eine als Vorschuss deklarierte Zahlung in Höhe eines halben Bruttomonatsgehalts. Im August 2014 teilte sie der Belegschaft sodann mit, dass in Anbetracht des negativen Betriebsergebnisses keine weitere Gratifikation an die Belegschaft für das Jahr 2014 gezahlt werde. Der Kläger erhob hierauf Klage auf Zahlung eines weiteren halben Bruttomonatsgehalts.

Die Klage blieb in allen drei Instanzen erfolglos.

II. Die Entscheidung

Ob sich ein Anspruch des Klägers aus dem Arbeitsvertrag oder betrieblicher Übung ergab, konnte das BAG in materieller Hinsicht offenlassen, da die Berufung insoweit unzulässig war.

Auch auf kollektivrechtlicher Grundlage bestand nach Auffassung des BAG kein Anspruch.

Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bestehe ein Anspruch des Arbeitnehmers, entsprechend der im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze vergütet zu werden. Ändere der Arbeitgeber die Vergütungsordnung ohne Beteiligung des Betriebsrats, so könne der Arbeitnehmer verlangen, auf Basis der zuletzt mitbestimmungsgemäß eingeführten Entlohnungsgrundsätze vergütet zu werden.

Vorliegend seien die Entlohnungsgrundsätze mitbestimmungsgemäß eingeführt worden, weil zum Zeitpunkt ihrer Einführung noch kein Betriebsrat bestand. Es bestand keine Pflicht der Beklagten, mit der erstmaligen Wahl eines Betriebsrats mit diesem Entlohnungsgrundsätze zu vereinbaren. Mitbestimmungspflichtig wäre nur eine nach Bildung des Betriebsrats erfolgte Änderung des bestehenden Entlohnungssystems gewesen. Hiervon sei jedoch nicht auszugehen. Insbesondere stelle die Ausübung des der Beklagten zustehenden Ermessens bei der jährlichen Festsetzung der Höhe der Sonderzahlung keine Abänderung von Entlohnungsgrundsätzen dar; vielmehr liege hierin eine Anwendung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze.

III. Der Praxistipp

Der 10. Senat folgt in seiner Entscheidung in weiten Teilen der ständigen Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (Mitbestimmung bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen), die insbesondere durch den 1. Senat des BAG geprägt ist. In nicht-tarifgebundenen Betrieben, in denen die gesamte Vergütung einschließlich aller Vergütungsbestandteile betriebsverfassungsrechtlich gesehen „freiwillig“ geleistet werde und damit dem Mitbestimmungsrecht unterliegt, ist eine Änderung der Entlohnungsgrundsätze schnell gegeben. Auch die vollständige Einstellung eines Weihnachtsgeldes für alle Beschäftigten ist regelmäßig mitbestimmungspflichtig, da sich hierdurch das Verhältnis von Festvergütung und Sonderzahlung ändert. Konsequenterweise hatte der 1. Senat in einem Urteil vom 24.01.2017 – 1 AZR 772/14 – angenommen, dass die flächendeckende Ausübung eines vollständigen

Ursprünglich jährliche Weihnachtsgratifikation

Sodann Einstellung nach BR-Bildung

Verfahrensgang

Anspruch aus Arbeitsvertrag / betrieblicher Übung?

Kein kollektivrechtlicher Anspruch

Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

Keine Änderung zu Entlohnungsgrundsätzen

Verhältnis zur Rechtsprechung des 1. Senats

Widerrufs eines Weihnachtsgeldes, den sich der Arbeitgeber vertraglich vorbehalten habe, der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats bedürfe. Hiergegen soll nach der vorliegenden Entscheidung des 10. Senats kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestehen, wenn der Arbeitgeber das ihm arbeitsvertraglich eingeräumte Ermessen ausübt, weil er sich noch innerhalb des bestehenden Vergütungssystems bewege. Mit der gleichen Begründung ließe sich aber argumentieren, dass auch die Ausübung eines Widerrufs keine Änderung von Entlohnungsgrundsätzen darstelle, da dieser im Vergütungssystem bereits angelegt sei. Es wäre insofern wünschenswert gewesen, wenn sich der 10. Senat mit der vorgenannten Entscheidung des 1. Senats im Einzelnen auseinandergesetzt hätte.

Für den Praktiker bietet die Entscheidung letztlich kaum neue Erkenntnisse. Auf den ersten Blick könnte man es zwar aus Arbeitgebersicht für vorzugswürdig halten, statt eines Widerrufsvorbehalts die Zahlung von Weihnachtsgeld unter den Vorbehalt billigen Ermessens zu stellen, um auch ohne Beteiligung des Betriebsrats die Sonderzahlung einstellen zu können. Dies dürfte jedoch zu kurz gedacht sein. Die Ausübung des billigen Ermessens unterliegt nämlich der vollen Kontrolle des Arbeitsgerichts (§ 315 Abs. 3 BGB). Hingegen stellt die Beachtung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG für den Arbeitgeber keine nennenswerte Hürde dar, eine Sonderzahlung zu widerrufen (sofern Widerrufsründe vorliegen). Da der Arbeitgeber im Rahmen des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Budgethoheit hat, wird ein Betriebsrat im Ergebnis den Widerruf des Weihnachtsgelds nicht verhindern können.

Ulrich Kortmann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

BAG: Aufstockungsverlangen einer Teilzeiterkraft – Freier Arbeitsplatz

BAG, Urt. v. 17.10.2017 – 9 AZR 192/17

1. Bewirbt sich ein Arbeitnehmer um ein ausgeschriebenes Zeitdeputat mit dem Ziel, seine Arbeitszeit zu erhöhen, ohne dass damit eine Übertragung höherwertiger Tätigkeiten verbunden wäre, begehrt er nicht den Zugang zu einem öffentlichen Amt im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG, sondern eine statusneutrale bzw. ämterneutrale Modifikation der Bedingungen seiner Beschäftigung innerhalb des ihm bereits übertragenen „Amts“.

2. Die Entscheidung des Arbeitgebers, einen bestimmten Arbeitskräftebedarf durch die Arbeitszeiterhöhung bereits beschäftigter Teilzeitarbeitnehmer abzudecken, führt nicht zur „Besetzung“ eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes im Sinne von § 9 TzBfG. Der Anwendungsbereich des § 9 TzBfG ist in diesem Fall nicht eröffnet und der Arbeitgeber ist grundsätzlich in der Auswahl frei, welchem Teilzeitbeschäftigten er eine Verlängerung der Arbeitszeit anbietet.

[Redaktionelle Leitsätze]

I. Der Fall

Die Klägerin ist als Musikschullehrerin mit einer regelmäßigen Unterrichtsverpflichtung von 11,75 Stunden tätig. Der Arbeitgeber vergab zwei weitere Unterrichtsdeputate von sechs Stunden. Die Klägerin bewarb sich mit acht weiteren Musikschullehrern um die Deputate. Die Auswahl fiel auf einen anderen Bewerber.

Ermessensregelung statt
Widerrufsvorbehalt?

Bewerbung der teilzeitbe-
schäftigten Musikschullehrerin

Rechtsprechung

Die Klägerin beehrte mit der Klage, ihre Arbeitszeit auf 17,75 Stunden zu erhöhen. Sie stützte ihren Anspruch neben einer angeblich mündlich erfolgten Zusage auf Art. 33 Abs. 2 GG und § 9 TzBfG.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

II. Die Entscheidung

Der 9. Senat des BAG stellte klar, dass Art. 33 Abs. 2 GG nicht einschlägig sei. Die Erhöhung der Arbeitszeit sei nicht als Begründung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses zu qualifizieren. Auch stehe nicht der Zugang zu Beförderungsämtern in Frage. Es handele sich lediglich um eine statusneutrale bzw. „ämterneutrale“ Modifikation der Bedingungen der Beschäftigung, für die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung bereits in einem vorausgegangenem Auswahlverfahren überprüft worden seien.

Der Anspruch ergebe sich auch nicht aus § 9 TzBfG. Es mangle bereits an einem freien Arbeitsplatz. Eine Aufstockung der Arbeitszeit für Teilzeitbeschäftigte stelle keinen freien Arbeitsplatz dar. Der Arbeitnehmer habe regelmäßig keinen gesetzlichen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber einzurichtende und zu besetzende Arbeitsplätze nach den Arbeitszeitwünschen des Arbeitnehmers schafft, zuschneidet oder ihm die für einen anderen (Teilzeit-)Arbeitsplatz vorgesehene Arbeitszeit ganz oder teilweise zuteilt, vgl. BAG, Urteil v. 15. 08.2006 – 9 AZR 8/06; BAG, Urteil v. 23.03.2016 – 7 AZR 828/13.

Die Beklagte war auch nicht nach den Grundsätzen billigen Ermessens verpflichtet, die Klägerin unter allen Bewerbern auszuwählen, um mit ihr die begehrte Arbeitszeiterhöhung zu vereinbaren. Der Arbeitgeber sei insoweit frei, wem er das Aufstockungsvolumen zukommen lasse und wem nicht. Er sei weder an Art. 33 Abs. 2 GG noch an billiges Ermessen gebunden und könne vielmehr seine Vertragsfreiheit ausüben, vgl. BAG, Urteil v. 13.02.2007 – 9 AZR 575/05.

III. Der Praxistipp

Die Entscheidung überzeugt und schafft Rechtssicherheit. Der 9. Senat des BAG stellt klar, dass § 9 TzBfG nur bei der Schaffung einer neuen Stelle, nicht aber bei einer Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten anwendbar ist. Mit der Entscheidung wird § 9 TzBfG auch nicht umgangen. Im Gegenteil, die Arbeitszeit eines Teilzeitbeschäftigten wird verlängert. Der 9. Senat stellt im Übrigen heraus, dass die umgekehrte Entscheidung, nämlich die Arbeitszeit des/der Teilzeitbeschäftigten nicht zu verlängern und eine weitere neue Teilzeitstelle zu schaffen, der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegt. Der 9. Senat fordert hier arbeitsplatzbezogene Sachgründe. Auch dies verdient Zustimmung.

Dr. Marcus Michels, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Terminvorschau BAG

Neue anhängige Rechtsfragen

– BAG 4 AZR 119/17 –

Dynamische arbeitsvertragliche Verweisungsklausel – Tarifsukzession – Änderung durch eine Betriebsvereinbarung

Begehren der Klägerin

Verfahrensgang

Art. 33 Abs. 2 GG nicht einschlägig

Kein Anspruch aus § 9 TzBfG

Kein Anspruch nach billigem Ermessen

Rechtssicherheit

Differenzvergütung aufgrund dynamischer Verweisung?

Terminvorschau BAG

Die Parteien streiten darüber, ob die aktuellen Entgelttarifverträge für den öffentlichen Dienst für ihr Arbeitsverhältnis maßgeblich sind. Im Februar 1993 schlossen die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der bei ihr gebildete Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung, in der es u.a. hieß, dass in ihrem Anwendungsbereich „analog die für die Angestellten des Bundes und der Länder vereinbarten Bestimmungen des Lohn- und Vergütungstarifvertrages – BAT vom 11. Januar 1961“ gelten. Nach der Betriebsvereinbarung sollten ihre Bestimmungen automatisch Bestandteil von Arbeitsverträgen werden, die vor Februar 1993 geschlossen worden waren. Die betroffenen Arbeitnehmer sollten einen Nachtrag zum Arbeitsvertrag erhalten, aus dem dies hervorgeht. Einen solchen Nachtrag unterzeichneten die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der Kläger im März 1993. Die Beklagte kündigte die Betriebsvereinbarung zum 31.12.2001.

Nunmehr streiten die Parteien darüber, ob der Klägerin eine (Differenz-)Vergütung nach dem TV-L bzw. dem TVöD/VKA aufgrund dynamischer Verweisung zustehe.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Der Kläger verfolgt mit seiner Revision die geltend gemachten Ansprüche weiter.

Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Urt. v. 25.10.2016 – 8 Sa 500/16

Termin der Entscheidung: 11.04.2018, 10:30 Uhr

Zuständig: Vierter Senat

– **BAG 5 AZR 25/17** –

Gesetzlicher Mindestlohn für Zeitungszusteller – Nachtarbeitszuschläge

Die Parteien streiten über Mindestlohnansprüche aus einer Tätigkeit als Zeitungszusteller zur Nachtzeit.

Mit ihrer Zahlungsklage macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe für Januar 2015 bis April 2016 den vollen gesetzlichen Mindestlohn zuzüglich Nachtzuschlägen in Höhe von 25 % auf diesen zahlen müssen. Tatsächlich habe die Beklagte sie nur auf der Grundlage eines nach § 24 Abs. 2 MiLoG herabgesetzten Mindestlohnanspruchs vergütet. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 24 Abs. 2 MiLoG seien aber nicht erfüllt. Überdies sei die Bestimmung verfassungswidrig.

Das Arbeitsgericht hat der Zahlungsklage nur zu einem geringen Teil stattgegeben. Auf die Berufungen beider Parteien hat das Landesarbeitsgericht die Klage im Wesentlichen abgewiesen. Es hat angenommen, die Klägerin sei Zeitungszustellerin i.S.d. § 24 Abs. 2 MiLoG, denn sie habe im Streitzeitraum ausschließlich periodische Zeitungen und Zeitschriften an Endkunden zugestellt. Die Norm des § 24 Abs. 2 MiLoG sei wirksam und verstoße insbesondere nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Allerdings habe die Beklagte nicht alle Nachtzuschlagsansprüche der Klägerin erfüllt.

Mit ihren Revisionen verfolgen die Parteien ihre Anträge weiter.

Vorinstanz: LAG Bremen, Urt. v. 07.12.2016 – 3 Sa 43/16

Termin der Entscheidung: 25.04.2018, 9:00 Uhr

Zuständig: Fünfter Senat

**Herabgesetzter Mindestlohn
für Zeitungszusteller?**

Impressum

Herausgeber:

michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Hohenstaufenring 57
50674 Köln
Tel.: +49-221-50003-5
Fax: +49-221-50003-636

Über die Kanzlei:

michels.pmks Rechtsanwälte ist eine Boutique mit Schwerpunkten auf dem Arbeitsrecht sowie dem Gesundheitsrecht. Mit acht Rechtsanwälten beraten wir vom Standort Köln aus bundesweit zu allen Fragen des Arbeitsrechts.

Erscheinungsweise:

10x jährlich, nur als PDF, nicht im Print

Bestellungen:

Über den Verlag unter www.anwaltverlag.de/arbeitsrecht-abo.



DeutscherAnwaltVerlag

Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn
Tel.: 02 28-9 19 11-0 · Fax: 02 28-9 19 11-23

Ansprechpartnerin im Verlag: Ass. iur. Andrea Gräfer

Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der Deutsche Anwaltverlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als eine solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.